



Stellungnahme

zum Diskussionsentwurf zur ersten Phase der Reform von Auftrag und Strukturoptimierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Der Diskussionsentwurf zur Reform von Auftrag und Strukturoptimierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks enthält keine hinreichende gesetzliche Konkretisierung des Auftrags hin zu einer Begrenzung auf funktionsnotwendige Inhalte, sondern ermöglicht vielmehr die Erweiterung des bestehenden Angebots. Insbesondere finden in der geplanten Reform die schützenswerten Interessen privater Medienschaffender und Beitragszahlender keine ausreichende Berücksichtigung, da eine erforderliche inhaltsbezogene Abwägung von publizistischem Mehrwert des Angebots mit dem damit verbundenen Finanzierungsmehraufwand an keiner Stelle vorgesehen ist.

I. Zur gesetzlichen Konkretisierung des Rundfunkauftrags durch den Diskussionsentwurf

Der Diskussionsentwurf sieht die Konkretisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gem. § 26 Abs. 1 S. 8 MStV-E hin zu einem Angebot mit Schwerpunkt im Bereich der Kultur, Bildung, Information und Beratung vor. Er widmet sich dabei auch dem Bereich der „Unterhaltung“, der nach § 26 Abs. 1 S. 9 MStV-E weiterhin Teil des öffentlich-rechtlichen Angebotsprofils bleibt, jedoch dem Angebotsschwerpunkt nach § 26 Abs. 1 S. 8 MStV-E zu entsprechen hat.

Eine derartige gesetzliche Präzisierung des Auftragsprofils des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist zunächst verfassungsrechtlich zulässig.¹ Zwar sind einer gesetzgeberischen Ausgestaltung des Angebotsauftrags sub specie der Angebotsautonomie der Rundfunkanstalten Grenzen gesetzt,² jedoch trifft den Gesetzgeber die Verpflichtung einer gesetzlichen Ausgestaltung des Grundrechts der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG³ unter Beachtung grundrechtlicher Positionen Dritter, wie privater Medienschaffender und insbesondere Beitragszahlender.⁴

Trotz der vermeintlichen Konkretisierung des Auftrags durch eine Anpassung von § 26 MStV-E, greift die geplante Reform an den entscheidenden Stellen wesentlich zu kurz, wiederholt sie doch faktisch nur die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁵ zur Gefahr vielfaltsverengender Tendenzen werbefinanzierter privater Medien und der daraus abzuleitenden Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, den entstehenden Vielfaltsdefiziten mithilfe der Beitragsfinanzierung

¹ Hierzu ausführlich *Gersdorf*, K&R 2018, 759.

² Jüngst BVerfG, Beschluss vom 20.07.2021 – 1 BvR 2756/20, 1 BvR 2775/20, 1 BvR 2777/20, NJW 2021, 3111 Rn. 88 f.; stRspr.

³ Vgl. nur BVerfGE 119, 181 (214); 136, 9 (37); stRspr.

⁴ Näher *Gersdorf*, K&R 2018, 759 (761).

⁵ Im Folgenden nur noch BVerfG.



unabhängig von Quoten und Massengeschmack entgegenzuwirken.⁶ Da in Ermangelung der erforderlichen Quoten gerade im Bereich der Kultur, Bildung, Information und Beratung oft kein umfassendes Angebot durch private Medien abgedeckt werden kann, muss der verfassungsrechtliche Auftrag des an ökonomische Grundsätze nicht gebundenen öffentlich-rechtlichen Rundfunks ohnehin genau hier ansetzen und ein qualitätssicherndes Gegengewicht garantieren.⁷

Dies setzt konsequenter Weise aber voraus, dass neben einer grundsätzlichen inhaltlichen Schwerpunktsetzung auch eine gesetzliche Konkretisierung der Sichtbarkeit dieser Inhalte geregelt wird. Eine Kopplung der im Schwerpunkt anzubietenden Bildungsinhalte an eine tatsächliche Wahrnehmbarkeit im linearen Hauptprogramm und in publikumsstarken Zeiträumen sieht der Entwurf jedoch nicht vor und lässt damit eine Ausgliederung besagter Themenbereiche in Spartenprogramme, Randzeiten oder reine Online-Angebote zu Gunsten massenattraktiver Sendungen ohne Weiteres zu.⁸ Auch die Orientierung der Wahrnehmbarkeit des Angebotsprofils am Verhalten der Nutzer:innen gem. § 26 Abs. 1 S. 10 MStV-E stellt nichts anderes als eine Ausrichtung am Massengeschmack ohne konkrete Anknüpfung an Vielfaltslücken dar.

Darüber hinaus sieht der Entwurf an anderen Stellen sogar eine Ausweitung des Angebots vor, insbesondere die (vom Genre unabhängige) Ergänzung des Telemedienangebots um nichteuropäische Werke im Sinne angekaufter Spielfilme und Folgen von Fernsehserien, die keine Auftragsproduktionen sind (§ 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 MStV-E). Die Regelung setzt dabei gerade nicht an bestehenden Funktionsdefiziten an, sondern orientiert sich zweifelsohne an Interessen des Marktes, da gerade im Bereich der Lizenzwerke durch private Medienschafter ein hinreichendes Angebot besteht.

Auch vor dem Hintergrund dieser Angebotserweiterung scheint es unerlässlich, dass der Gesetzgeber anderweitig die schützenswerten Interessen privater Rundfunkveranstalter und Beitragszahlender in seine Regulierung einbezieht.

II. Erforderliche inhaltsbezogene Abwägung zur Wahrung schützenswerter Interessen privater Medien und Beitragszahlender

Soweit der Gesetzgeber auf eine legislatorische Beauftragung verzichtet, muss diese durch die anstaltsinterne Angebotskonkretisierung mittels des Drei-Stufen-Tests (vgl. § 32 Abs. 4 MStV) ersetzt werden. Der Entwurf verkennt insoweit, dass es im Interesse des gebotenen Schutzes der privaten (kommerziellen und nichtkommerziellen) Anbieter:innen und insbesondere auch der Beitragszahlenden

⁶ Vgl. zuletzt BVerfG, Beschluss vom 20.07.2021 – 1 BvR 2756/20, 1 BvR 2775/20, 1 BvR 2777/20, NJW 2021, 3111 Rn. 76 ff.

⁷ Vgl. etwa BVerfGE 73, 118 (158 f.); 74, 297 (324 f.); 83, 238 (297 f.); 90, 60 (90); 114, 371 (388 f.); 119, 181 (215 f.); 136, 9 (29 Rn. 31); 149, 222 (260 f. Rn. 78); hierzu ausführlich Gersdorf, K&R 2018, 759 (760).

⁸ Zur Sichtbarkeit von Informationssendungen in den Hauptprogrammen siehe auch Gersdorf, K&R 2018, 759 (760 f.) m. w. N.



zwingend einer Reformierung des Verfahrens sowohl in materiellrechtlicher als auch organisationsrechtlicher Hinsicht bedarf.⁹

1. Gesetzliche Einbeziehung der KEF in das Verfahren des Drei-Stufen-Tests

Die KEF ist durch gesetzliche Bestimmung in das Verfahren des Drei-Stufen-Tests einzubeziehen.¹⁰ Der Schutz vor übermäßiger Belastung der Beitragszahlenden gebietet es insoweit, eine Prüfung des Angebots der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten am Maßstab der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit durch die KEF bereits zwingend auf Ebene der Angebotskonkretisierung und nicht erst – wie in der Praxis umgesetzt – im Rahmen der Überprüfung des angemeldeten Finanzbedarfs nach § 3 RFinStV anzusetzen.¹¹ Eine nur anstaltsinterne Darlegung und Überprüfung des finanziellen Aufwands neuer Angebote kollidiert dabei mit dem nach Rechtsprechung des BVerfG¹² jeder Institution inhärenten „Selbstbehauptungs- und Ausweitunginteresse“ der Rundfunkanstalten und bietet keine hinreichend neutrale Überprüfung.¹³ Soweit der dargelegte Finanzaufwand im Rahmen des Verfahrens nach § 32 Abs. 4 MStV keiner zwingenden Überprüfung durch die KEF unterliegt, verkürzt sich der vorgesehene Drei-Stufen-Test faktisch auf einen Zwei-Stufen-Test.¹⁴

2. Abwägung des publizistischen Mehrwerts des Angebots mit dessen Finanzbedarf im Rahmen des Drei-Stufen-Tests

Weiterhin besteht eine Schutzlücke hinsichtlich der verfassungsrechtlich gebotenen inhaltsbezogenen Abwägung zwischen publizistischem Mehrwert und Finanzbedarf fort. Die nach § 32 Abs. 6 MStV trotz der geplanten Strukturreform weiterhin bestehende Entscheidungskompetenz des zuständigen Gremiums (Rundfunkrat/Fernsehrat) hinsichtlich neuer oder wesentlich geänderter Telemedienangebote ist insoweit verfassungswidrig und lässt die erforderliche Abwägung der grundrechtlich geschützten Positionen aller Betroffenen, näher der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einer- sowie der privaten Medien und Beitragszahlenden andererseits gänzlich außer Acht.¹⁵ Neben einer notwendigen neutralen Überprüfung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des Angebots zum Schutz der Interessen Dritter,¹⁶ darf auch der inhaltliche Mehrwert eines neuen Angebots nicht außer Verhältnis zum dadurch entstehenden Finanzaufwand stehen, um einen

⁹ Zur Problematik ausführlich *Gersdorf*, K&R 2019, 549.

¹⁰ Zur unklaren aktuellen Gesetzeslage siehe ausführlich *Gersdorf*, in: *Gersdorf/Paal* (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 34. Edition, Stand: 01.05.2021, MStV, § 32 Rn. 11, 24 ff.

¹¹ Hierzu ausführlich *Gersdorf*, K&R 2019, 549 (552 f.).

¹² BVerfGE 87, 181 (202); 119, 181 (223).

¹³ Hierzu *Gersdorf*, K&R 2019, 549 (552 f.).

¹⁴ *Gersdorf*, in: *Gersdorf/Paal* (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 34. Edition, Stand: 01.05.2021, MStV, § 32 Rn. 27 f.

¹⁵ Hierzu *Gersdorf*, in: *Gersdorf/Paal* (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 34. Edition, Stand: 01.05.2021, MStV, § 32 Rn. 40; zur Verfassungswidrigkeit des geltenden Drei-Stufen-Tests siehe auch *Vespermann*, Der Drei-Stufen-Test: Auftragskonkretisierung per Prozedur. Eine Untersuchung zur Verfassungsmäßigkeit des Drei-Stufen-Tests, 2011 (abrufbar unter <http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2011/4999/pdf/Drei-Stufen-Test.pdf>).

¹⁶ Vgl. nur BVerfGE 119, 181 (223).



Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen herzustellen.¹⁷ Da dies durch das aktuelle Verfahren des Drei-Stufen-Tests nicht abgesichert werden kann, bedarf es zur Wahrnehmung dieser Aufgabe der Einsetzung eines strukturell unbefangenen, staatsfreien Gremiums.

3. Installation einer externen und staatsfreien Kontrollinstanz zur Auftragskonkretisierung

Eine effektive inhaltsbezogene Abwägung im Rahmen der Angebotskonkretisierung kann dabei nur durch eine eigens mit dieser Aufgabe betraute externe und staatsfrei organisierte Instanz erfolgen.¹⁸ Die Kompetenz einer inhaltsbezogenen Aufgabenkritik ist insofern der KEF mit Blick auf den Grundsatz der Angebotsneutralität und Angebotsakzessorietät des Verfahrens der Rundfunkbeitragsfestsetzung¹⁹ entzogen.²⁰ Eine hinreichende inhaltliche Überprüfung und Güterabwägung kann außerdem sub specie des Grundsatzes der Staatsfreiheit des Rundfunks nicht durch die Rechtsaufsichtsbehörde erfolgen, die insoweit in materieller Hinsicht auf eine Evidenzkontrolle beschränkt ist.²¹ Die Aufsichtsgremien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bieten aufgrund ihres „Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresses“ und der Gefahr dessen Verselbstständigung „gegenüber den ihnen auferlegten Funktionen“²² gerade keine Gewähr, dass sich ihre Angebotsvorstellungen im Rahmen des Funktionsnotwendigen halten und sie die schutzwürdigen Belange privater Medien und Beitragszahlender hinreichend beachten. Ihnen fehlt es an der wesentlichen Voraussetzung für eine ausgleichende Abwägung der konfligierenden Interessen – der Neutralität.²³ Die Entscheidung über etwaige Angebotsexpansionen darf sich deshalb keinesfalls in einem anstaltsinternen Verfahren erschöpfen, da der Rundfunkrat als interessengeleitetes und damit strukturell befangenes Organ der Rundfunkanstalt nicht gleichzeitig als Verwalter der grundrechtlich geschützten Positionen Dritter fungieren kann.²⁴ Seine Funktion als „Sachwalter des Interesses der Allgemeinheit“²⁵ kann insofern nicht in genereller Hinsicht, sondern nur begrenzt auf das Ziel der Vielfaltsicherung verstanden werden.²⁶ Daraus folgt auch in organisationsrechtlicher Hinsicht das unbedingte Erfordernis einer gesetzlichen Änderung zur Wahrung der grundrechtlich geschützten Positionen aller Betroffener.²⁷

¹⁷ Hierzu Gersdorf, K&R 2019, 549 (554).

¹⁸ Gersdorf, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 34. Edition, Stand: 01.05.2021, MSfV, § 32 Rn. 39 ff.

¹⁹ BVerfGE 90, 60 (93 f.); 119, 181 (221).

²⁰ Hierzu Gersdorf, K&R 2019, 549 (555).

²¹ Gersdorf, K&R 2019, 549 (555) m. w. N.

²² BVerfGE 87, 181 (202); 119, 181 (223).

²³ Gersdorf, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 34. Edition, Stand: 01.05.2021, MSfV, § 32 Rn. 42; siehe auch Vespermann, Der Drei-Stufen-Test: Auftragskonkretisierung per Prozedur. Eine Untersuchung zur Verfassungsmäßigkeit des Drei-Stufen-Tests, 2011 (abrufbar unter <http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2011/4999/pdf/Drei-Stufen-Test.pdf>), 236 f.; Wimmer, ZUM 2009, 601 (608 f.); Gersdorf K&R 2019, 549 (555).

²⁴ Ausführlich Gersdorf, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 34. Edition, Stand: 01.05.2021, MSfV, § 32 Rn. 42 ff.; Gersdorf, K&R 2019, 549 (555).

²⁵ BVerfGE 83, 238 (333); 136, 9 (31 Rn. 35).

²⁶ Hierzu Gersdorf, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 34. Edition, Stand: 01.05.2021, MSfV, § 32 Rn. 40.

²⁷ Hierzu Gersdorf, K&R 2019, 549 (554 ff.).



III. Verknennung des Zusammenhangs zwischen Beauftragung und Finanzierungsnotwendigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Laut Diskussionsentwurf widmet sich die geplante Reform von Auftrag und Strukturoptimierung ausdrücklich noch keinen Fragen der Finanzierung. Die Annahme, dass die Beauftragung von der Beitragsfinanzierung gänzlich entkoppelt werden könne, geht indes fehl. Sie verkennt die sich aus dem Verfassungsrecht ergebende Notwendigkeit der funktionsgerechten Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und den damit korrespondierenden grundrechtlichen Anspruch der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.²⁸ Was beauftragt ist, ist zu finanzieren. Gerade deshalb muss bereits auf erster Stufe der Beauftragung, sei sie gesetzlich oder anstaltsintern über das Verfahren des Drei-Stufen-Tests, gewährleistet werden, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk als Qualitätsversorger seiner verfassungsrechtlichen Sonderstellung gerecht wird und programmatisch dort ansetzt, wo Vielfaltsdefizite aufgrund der im privatwirtschaftlichen Bereich geltenden ökonomischen Entscheidungsrealität bestehen. Dies gelingt nur dann, wenn der Gesetzgeber unter Wahrung der Programmautonomie der Sendeanstalten einen hinreichend konkreten gesetzlichen Rahmen schafft und allem voran das Verfahren der anstaltsinternen Selbstbeauftragung prozedural dergestalt absichert, dass auch die Interessen privater Medienschaffender und Beitragszahlender hinreichend Berücksichtigung finden.

Zwar bestätigte das BVerfG in seiner jüngsten Entscheidung zum Rundfunkbeitrag erneut das Gebot der Trennung medienpolitischer Konkretisierung des Rundfunkauftrags von der Beitragsfestsetzung.²⁹ Jedoch stellte es ebenso klar, dass der Gesetzgeber die Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in abstrakter Weise festlegen und damit auch den Finanzbedarf umgrenzen kann.³⁰ Diesen Umstand nimmt der Entwurf jedenfalls nicht im ausreichenden Maße in den Blick, indem einerseits eine gänzliche Entkopplung von der Beitragsfinanzierung suggeriert wird, andererseits aber erneut eine Angebotsausweitung (vgl. § 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 MStV-E) vorgesehen ist, ohne dass der Entwurf auf die eine oder andere Weise eine notwendige inhaltsorientierte Abwägung zwischen Angebot und finanzieller Mehrbelastung der Beitragszahlenden avisiert.

Deshalb ergibt sich insbesondere aus der Warte der beitragszahlenden Bürger:innen, denen eine Rechtsschutzmöglichkeit zur Durchsetzung ihrer Interessen (aus Art. 2 Abs. 1 GG) in dieser Sache weitestgehend verwehrt bleibt, ein erheblicher Einfluss der vorgesehenen Reform auf die spätere Rundfunkfinanzierung. Dies hätte – wenn schon nicht im Entwurf berücksichtigt – jedenfalls im Rahmen der Beteiligung transparent gemacht werden müssen.

²⁸ Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 20.07.2021 – 1 BvR 2756/20, 1 BvR 2775/20, 1 BvR 2777/20, NJW 2021, 3111 Rn. 75 ff., 83, 101; BVerfGE 119, 181 (214); stRspr.

²⁹ BVerfG, Beschluss vom 20.07.2021 – 1 BvR 2756/20, 1 BvR 2775/20, 1 BvR 2777/20, NJW 2021, 3111 Rn. 85 ff.

³⁰ BVerfG, Beschluss vom 20.07.2021 – 1 BvR 2756/20, 1 BvR 2775/20, 1 BvR 2777/20, NJW 2021, 3111 Rn. 88.